

# 指定確認検査機関の民法に基づく 責任が認められた事例

——大阪高等裁判所平成 26 年 4 月 22 日判決——

松 塚 晋 輔

## 目 次

事実の概要

判旨

解説

1. はじめに
2. 類似の裁判例
3. 国賠適用説
4. 受託者や被用者の個人責任
5. 受託者の個人責任に関する事例
6. 法人の安全配慮義務違反に基づく責任事例
7. 地方公共団体の安全配慮義務違反に基づく債務不履行責任事例
8. 地方公共団体の安全配慮義務違反に基づく国賠責任事例
9. 公務員性の基準
10. おわりに

## 事実の概要

建築主及び事業主 X（原告・被控訴人）の分譲マンションについて、株式会社 Y1 が設計・工事監理者となり、同社の代表者 Y2 が設計担当者となり、

同社から下請けした別会社の代表者 Y3 が構造設計をしたが、Y3 が不整合の見られる計算をし、これを前提にして、Y2 が建築基準法令の構造基準に適合しない設計を実施した。また、指定確認検査機関 Y4 がこれを看過して確認済証を交付したことで、耐震強度を確保しないマンションが建築され、X は是正工事費用や補償などの損害を受けた。

X（原告・控訴人）が、Y1 ～ Y4 に対して、不法行為責任又は債務不履行責任に基づき 5 億 5899 万 7667 円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めたところ、第 1 審大阪地判平成 24 年 3 月 29 日<sup>(1)</sup>は、Y1 ～ Y3 に関する請求について、連帯して 4 億 7790 万 1063 円及び遅延損害金の支払を求める限度で認容し、そのまま確定した。

この一部認容判決は確定したが、Y1 ～ Y3 が無資力のため、X は回収できなかった。そこで、原審の判断を不服として X は本控訴審において、「不法行為に基づく請求を交換的に変更し、主位的に債務不履行に基づき、4 億 7790 万 1063 円」及び「訴えの変更申立書送達の日翌日である平成 25 年 2 月 1 日から支払済みまで商事法定利率年 6 分の割合による遅延損害金を」、そして「予備的に国家賠償法 1 条 1 項又は 3 条 1 項に基づき、4 億 7790 万 1063 円」及び「不法行為後である平成 21 年 6 月 4 日から支払済みまで民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金の支払を求める旨の訴えとした。」

## 判旨

Y4 には「本件建築確認申請に関する確認検査業務約款に基づく契約上の善管注意義務に違反して本件誤入力を看過した点で過失があり」、X が「受けた損害を賠償すべき責任を負う。」

「しかしながら、建築士が設計した計画に基づいて建築される建築物の安全性は第一次的には建築士法上の規律に従った建築士の業務の遂行によって確保されるべきものであり、建築主は自ら委託をした建築士の設計した建築

物の計画につき建築基準関係規定に適合するものとして建築確認を求めて建築主事に対して申請をするものであることなど」, Y4 が「本件建築確認により得た報酬額が・・・9 万円に満たない金額であること」, X は「不動産開発を手がける法人であり, 設計ミス等の事態に備えて, 資力及び設計能力の高い大手設計会社を選択することもできたが」, Y1 を選択し, Y1 が選任した Y3 が「重過失により本件誤入力を発生させたことを考慮すると, 本件については, 公平の見地から」, X の損害については X に「その 10 分の 7 を負担させ」, Y4 に対しては「10 分の 3 の部分について賠償を命じるのが相当である。」

結論として, 「控訴人の当審における主位的請求は, 1 億 4764 万 3183 円及びこれに対する訴えの変更申立書送達の日翌日である平成 25 年 2 月 1 日から支払済みまで商事法定利率年 6 分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるからこれを認容することとし, その余は理由がないからこれを棄却」する<sup>(2)</sup>。

その後, 最一小決平成 27 年 4 月 16 日は, 上告を棄却し, 本件を上告審として受理しなかった。

## 解説

### 1. はじめに

本評釈は, 指定確認検査機関の確認処分（建築基準法 6 条の 2）に起因する損害について誰が賠償責任を負うのかという問題を論じることにする。確かに, 指定確認検査機関は責任保険に入っているものとされており（建築基準法 77 条の 20 第 3 号, 建築基準法に基づく指定資格検定機関等に関する省令 17 条）, 確認処分の瑕疵で指定確認検査機関が被害者への賠償を負いきれない可能性はかなり減っている<sup>(3)</sup>。しかし, 賠償額を保険で賄いきれない事態も想定しておく必要がある。

指定確認検査機関の確認処分にかかる賠償責任問題が, 他の制度にかかる

判例との比較上バランスある解決を得るには、どのような途が適切かを探っていく。そこでは、国賠適用の下、公務員の個人責任の追及が可能かどうかを検討することとなる。その際、他分野における比較的最近の裁判例をも比較対象として挙げる。

## 2. 類似の裁判例

本件大阪高判平成 26 年 4 月 22 日では、予備的請求の国賠請求は棄却されている。つまり、債務不履行に基づく遅延損害金の請求（主位的請求）が認められ、判決時に、より高額となっていた不法行為の遅延損害金の請求は認められなかった。かくして、この判決では、指定確認検査機関が公共団体（国賠法）とみなされるのか否か不明のままである。

本件大阪高判平成 26 年は、東京地判平成 21 年 5 月 27 日<sup>(4)</sup>と同類である。この東京地判平成 21 年は、指定確認検査機関と建築主との確認検査業務委託契約に関する善管注意義務違反に基づいて、指定確認検査機関が債務不履行責任、すなわち民事上の契約責任を負うとしたのである。このように、本件大阪高判平成 26 年も東京地判平成 21 年も、指定確認検査機関とその契約当事者との紛争であり、契約責任（民法）の法理で解決できる事案であった<sup>(5)</sup>。しかし、契約当事者ではない第三者が被害者の場合、被害者は指定確認検査機関に対して不法行為規定（民法）又は国賠法に基づき責任追及をすることになる<sup>(6)</sup>。これについて、民法（不法行為規定）適用説は少数説である<sup>(7)</sup>。しかし、まさに第三者が被害者となった事案として東京地判平成 25 年 3 月 22 日<sup>(8)</sup>は、指定確認検査機関が不法行為責任（民法 709 条）を負うとする一方、地方公共団体の国賠責任はないとする。これは少数説に位置付け得よう。

ちなみに、本件大阪高判平成 26 年において契約責任（主位的請求部分）と不法行為規定に基づく請求は、時効などの要件は異なるが、相互に排他的でないように思われる。

### 3. 国賠適用説

(1) 地方公共団体＝公共団体説。まず、国賠適用説で、地方公共団体が公共団体（国賠法1条1項）であるにとらえて、指定確認検査機関による確認処分（公権力の行使（国賠法）とする）の過失責任を、地方公共団体がそのまま代位すると考える立場である。これは最決平成17年6月24日<sup>(9)</sup>と整合的である。同最決は、指定確認検査機関の確認処分によって損害を受けた者が、取消訴訟から国賠訴訟に変更する場合、地方公共団体に対する訴訟への変更を認めたものである。しかし、これは行政事件訴訟法21条の訴えの変更にかかる決定であって、国賠請求について実体的に判断したものではない。また、この立場は判例ではわずかにしか見られない。例えば、横浜地判平成17年11月30日<sup>(10)</sup>があるが、結論として、国賠請求を棄却しているので判例的価値は乏しいであろう。

関連して、東京地判平成23年3月30日<sup>(11)</sup>において原告は、指定確認検査機関の確認検査員が被告墨田区の公権力の行使に当たる公務員であるとして、国賠請求を行っている。結論的には、同東京地判平成23年は、確認検査員に偽装を発見できなかったことの注意義務違反がなかったとして、墨田区の国賠責任を否定した。その際、確認検査員の過失ある行為について、本来、墨田区が建物を購入した被害者に対して国賠法1条1項に基づく損害賠償責任を負うのかどうかについての判断を同判決は避けている。

(2) 指定確認検査機関＝公共団体説。民法適用説に対して、多数説は国賠適用説（指定確認検査機関＝公共団体説）である。この説は、指定確認検査機関の確認処分等の賠償責任を国賠適用で解決しようとする<sup>(12)</sup>。つまり、地方公共団体でなく同機関に賠償義務を負わせることが適切であるとして、指定確認検査機関を公共団体（国賠法1条1項）とみなそうとするのである。指定確認検査機関＝公共団体説の根拠として、建築確認等の事務の主体を地方公共団体から民間に移管させたこと、指定確認検査機関は、自ら設定した手数料を収受し、自己の判断で建築確認業務を行っていることなどが挙げら

れている。また、指定確認検査機関の指定の基準として（建築基準法 77 条の 20 第 3 号）、「国家賠償法（…）による責任その他の民事上の責任（…）の履行を確保するために必要な額として…いずれか高い額」（建築基準法に基づく指定資格検定機関等に関する省令 17 条 1 項）という規定中に、指定確認検査機関の国家賠償法による責任と記されていることも根拠の 1 つとされている<sup>(13)</sup>。

同趣旨の裁判例には、指定確認検査機関が公共団体（国賠法）に当たるとして、指定確認検査機関そのものが国賠法により賠償責任を負うと認めた判決がある（横浜地判平成 24 年 1 月 31 日<sup>(14)</sup>）。この横浜地判平成 24 年は国賠法の適用を前提としているが、公共団体である市の過誤責任は否定した。

(3) (1) で見たように、最決平成 17 年 6 月 24 日は「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」（行政事件訴訟法 21 条）という文言を巡って、市を「公共団体」と解した。同最決は、指定確認検査機関を公共団体（国賠法）としてみなすことに消極的であるように思われる<sup>(15)</sup>。つまり、公共団体（国賠法）概念は固い殻のようである。もっとも、同事案では、行政事件訴訟法 21 条の公共団体性が問われたのであるが、国賠法 1 条の公共団体と概念上区別する必然性もないと解される。

指定確認検査機関以外では、最判平成 19 年 1 月 25 日児童養護施設事件<sup>(16)</sup>が国賠適用事例である。児童の監護が公権力の行使であり、それを行っていた児童養護施設職員は公務員（国賠法）とされ、公共団体（国賠法）として責任を負うのは県であるということで、児童養護施設を運営する社会福祉法人の責任を排除している。

同様に、精神衛生法による指定病院の管理者は、都道府県知事から公権力の行使を委託されており、管理者と看護職員は、国賠法の公務員に該当するとしたものがある（福岡地判昭和 55 年 11 月 25 日<sup>(17)</sup>）。さらに、精神衛生鑑定医は地方公共団体の公務員であるとし、その精神鑑定・診療は国賠法の公権力の行使であるとした裁判例がある（大阪高判昭和 55 年 12 月 24 日<sup>(18)</sup>）。

いずれも責任主体は地方公共団体である。

公共団体に関する裁判において、国立大学法人の学生がその職員に損害賠償を請求したが、同法人が公共団体（国賠法1条1項）に当たるとして、民法の適用が排除されている<sup>19)</sup>。今日、国立大学の職員はもはや身分上の公務員ではない<sup>20)</sup>。しかし、このような裁判例は、職員の身分が変わっても、組織自体の公共団体（国賠法）性を肯定し続けているものの1つである。ここでも公共団体概念は、柔軟でない固い殻のようである。

(4) この国賠適用説との関連で、本件大阪高判平成26年において契約責任と国賠責任が両立するかどうか考えてみよう。大阪高判平成26年は、主位的請求を一部認容し、国賠法による損害賠償請求（予備的請求）について判断を示さなかった。ところで、最判平成19年児童養護施設事件は、社会福祉法人（公権力の行使を担う職員の使用者）に対する民法715条（使用者責任）の責任追及を斥けた。このことについて評釈では、公権力の行使に当たる私人（被用者）に対しては求償権行使を制限されるので、その使用者に対して民法715条による使用者責任の追及も無理があると解説されている<sup>21)</sup>。この論理を前提にすると、私人（被用者）による公権力の行使の事案で国賠法1条が適用される場合には、私人（法人）に対する契約責任の追及も無理があるのではなかろうか。なぜなら、契約責任を負わされた私人（法人）が、加害行為者に賠償請求をする場合において、国賠法の適用の下、求償権行使のように制限されるのであれば（国賠法1条2項）、当該私人（法人）に通常の契約責任以上の責任を負わせることとなる点（有過失の被用者に賠償請求できなくなる）責任が過重となってしまうからである。そうすると、本件大阪高判平成26年において、契約責任（主位的請求部分）と国賠責任（予備的請求部分）とは相互に排他的ではないのかという論点に気付かされる（両請求が同一人に向かう点は、児童養護施設事件とは異なるが）。



#### 4. 受託者や被用者の個人責任

指定確認検査機関が賠償責任を負うとするのは、国賠適用説の指定確認検査機関＝公共団体説であり、また民法適用説（私見）も同じくそうである。しかし、国賠適用説の場合、民法適用説と違って、指定確認検査機関（民間会社）が求償権を制限（国賠法1条2項）されることになるという問題を指摘できる。さらに、被害者の側としても、個人責任の追及が不可能であるから、指定確認検査機関の代表者や検査員を被告とすることはできなくなる。被害者は指定確認検査機関（国賠訴訟の被告）にのみ賠償請求できるところ、その支払能力が必ずしも十分であるとはいいきれない。指定確認検査機関である民間会社の代表者が、会社資産を自己の名義に移し替えるなどの可能性もあり、その場合、その個人に対する責任追及が實際上可能かという問題に直面する。代わりに国が責任（保障責任）を負うべきと考えるにしても、どうして国がそのような他人の責任を負担しなければならないのか説得的論拠に欠ける。指定確認検査機関制度の創設で、部分的にでも建築確認処分を民間移管した意味がなくなってしまう<sup>22)</sup>。

指定確認検査機関の確認処分に国賠法1条が適用されると、指定確認検査機関やその職員の個人責任が追及不可能となる点は多数説（国賠適用説）の短所といえよう<sup>23)</sup>。判例上、国賠法1条における公務員の個人責任を追及し得ないということは固まっている<sup>24)</sup>。しかし、国賠法1条適用下で指定確認検査機関やその職員の責任が追及可能<sup>25)</sup>となれば、国賠適用説は援軍を得ることとなろう。また、もし委託者たる国・公共団体の国賠法1条責任を肯定しつつも、受託者側の個人責任が追及可能<sup>26)</sup>となれば、そもそも国賠適用説と民法適用説の争いは無意味となろう。国賠法1条適用下で個人責任追及が可能というのは、民法不法行為規定適用の場合と変わらないからである。

#### 5. 受託者の個人責任に関する事例

ここで、国賠事案において受託者の賠償責任の肯定論は判例でどのような



方向にあるか検討する意義がある。

やや古いものとして、市の国賠責任を肯定しつつも、社会福祉法人の使用者責任を肯定したものとして、広島地福山支判昭和54年6月22日春日寮事件<sup>(27)</sup>がある。しかし、この裁判例の判例的価値には疑問がある。というのは、その後、最判平成19年1月25日児童養護施設事件<sup>(28)</sup>が、公権力の行使（国賠法）を担う児童養護施設職員の使用者（社会福祉法人）に民法715条による使用者責任を追及し得ないとしているからである<sup>(29)</sup>。最高裁判決の重みに鑑みれば、別の可能性を探さねばならないであろう。

## 6. 法人の安全配慮義務違反に基づく責任事例

ここに、関連する判決に東京高判平成21年2月26日<sup>(30)</sup>がある。これは児童養護施設の職員が故意に加害行為をした事案である。この東京高判平成21年も、最判平成19年児童養護施設事件と同じく、県の国賠法1条1項責任を肯定する一方、児童養護施設の職員の民法709条不法行為責任を否定し、また、社会福祉法人の民法715条使用者責任を否定した。予備的請求として、被害者は社会福祉法人（養護施設の設置運営者）に対して安全配慮義務違反を根拠に損害賠償請求をしていた。しかし、同社会福祉法人は、「危険の防止について配慮すべき義務を負う主体ではない」ということで、安全配慮義務を負わないと判示されたのである。この予備的請求は、国賠法に基づくものではなかろう。この予備的請求は棄却され、そして、最高裁は上告を棄却した<sup>(31)</sup>。このように、社会福祉法人に対する請求は、国賠法1条1項適用の下、安全配慮義務違反でも肯定されなかった。

これは国賠責任を負わない社会福祉法人の事案である。他方、指定確認検査機関の確認処分の相手方でない第3の被害者（周辺住民など）に対して、責任主体である同機関が安全配慮義務を負うということは想定できない（一定の法律関係に入った当事者間に安全配慮義務は想定できるからである）<sup>(32)</sup>。ゆえに、第三者が安全配慮義務違反に基づく債務不履行責任を、指定確認検

査機関に対して追及する途も現段階では困難である。

## 7. 地方公共団体の安全配慮義務違反に基づく債務不履行責任事例

受託者ではなく、地方公共団体の安全配慮義務違反（債務不履行責任）を認めたものとして、東京地判平成20年10月29日<sup>33)</sup>がある。県立高校の正課授業におけるカヌー実習で生徒が溺死した事故で、カヌー実習を委託されていた業者とインストラクターは不法行為責任を負うと判示するとともに、業者は履行補助者に当たるとし、県の安全配慮義務違反があったとして、県には債務不履行責任を負わせた。結局、より小さい、県に対する損害賠償請求権の金額の範囲で、業者、インストラクター及び県の賠償債務は、不真正連帯債務の関係にあると判示されている。

この判決の前半部分で、業者やインストラクターの生徒指導における過失行為については、民法や商法による責任が認められている。受託者の責任が認められたのは、受託者によるカヌー実習の実施が公権力の行使ではないとされているからである。この判決をもって、国賠法1条1項の適用の下、業者の個人責任が容れられたと解するのは誤りである。

他方で、県の安全配慮義務違反のため債務不履行責任が認められたが、これは国賠責任とはされていない<sup>34)</sup>。ともあれ、県立高校の教諭らが、業者に対して生徒への指導を委託したため、業者は履行補助者と認定され、安全配慮義務違反についてのみ、賠償責任が認められたのである。あくまで、安全配慮義務違反の賠償責任しか県は負わされていない（せいぜい履行補助者の過失について県は責を負わされたにすぎない）。この点、県の安全配慮義務違反においては、業者・インストラクターが履行補助者とされているが、そこで業者・インストラクターの個人責任が否定されているのかは不明である。しかし、結論として、業者・インストラクターと県の賠償債務を不真正連帯債務関係に立つとしたので、両者の責任が混合して見えるのである。

東京地判平成20年カヌー事件を指定確認検査機関の賠償責任事例と対比

できるのは、指定確認検査機関もまた、公権力の行使（国賠法）を行政庁から具体的には託されていない点である。他方、安全配慮義務は、これを生徒に対して地方公共団体は負うのだが、確認処分の第三者（周辺住民など）に対して地方公共団体が負うものとは解されない。

## 8. 地方公共団体の安全配慮義務違反に基づく国賠責任事例

神戸地姫路支判平成9年11月17日風の子事件<sup>65)</sup>では、原告の子を死亡させた私塾経営者の公務員（国賠法）該当性から出発し、私塾経営者が公権力を行使したことを前提として姫路市に対して賠償請求することは失当であると判示されている。ということは、私塾経営者が国賠法1条1項の公務員とされたのではない。しかし、姫路市の賠償責任が肯定されたのは、入塾を勧めた市公務員らの重大な配慮義務の懈怠を理由としており、いわば市公務員自身の過失行為にかかる市の国賠責任ゆえであろう。この場合、過失相殺が可能とされている。というのは、被告市は私塾経営者の責任を代位しているのではなく、原告に対して負う市公務員の責任が出発点とされているからである（積極的加害者は私塾経営者である）。

この事例も東京地判平成20年カヌー事件と同じく、文言上、安全配慮義務違反に基づく責任を肯定したものであるが、こちらは国賠責任である。指定確認検査機関による確認処分の事案で、同様に地方公共団体に周辺住民などに対する安全配慮義務を想定できないのは変わらないから、国賠請求であっても、この事例を指定確認検査機関の事案に応用することはできない。

## 9. 公務員性の基準

本稿で残る論点は、公務員（国賠法）概念の操作となる。公務員（国賠法）を身分上の公務員として理解することはどうであろうか。指定確認検査機関の確認処分が公権力の行使（国賠法）であるとしつつも、公務員（国賠法）性否定のため国賠法は適用されないという論理である。これは、国賠適用を

肯定する多数説には無縁の議論であろう。しかし、指定確認検査機関の賠償責任主体に関する議論として放置するわけにはいかない。

この狭い身分上の公務員性の基準からすると、指定確認検査機関には国賠法1条1項が適用されないということになり、大阪高判平成26年、東京地判平成21年・平成25年などの民法適用説を一応正当化することができる。

しかし、この身分上の公務員基準を前提にすると、今度は、公権力の行使（国賠法）であるにもかかわらず、国賠法の適用がなく、国・公共団体の賠償責任は生じないということになり、公権力の行使（国賠法）責任は、国・公共団体が負うという一般的な通念が成り立たなくなってくる（国賠法の公務員＝公権力の行使を託された者と解する通説<sup>39</sup>は、まさに公権力の行使に由来する責任を、国賠法1条1項で解決しようとする立場である）。これはこれで重厚な説明が別途必要であろう。

このような公権力の行使（国賠法）性を認めつつ、公務員（国賠法）性を否定する思考は、確かに、ある法分野では有効かもしれない。すなわち、同じ教育活動であっても、国公立学校の場合には国賠法1条の適用があるが、私立学校の場合には不適用とされており、身分上の公務員であるかどうかで適用不適用が説明できるかもしれないということである。要するに、国公立学校の教育活動と私立学校の教育活動を同じ公権力の行使（国賠法）と見つつも、後者では公務員（国賠法）性の否定によって国賠法1条を不適用とする論法である。ここにも、公権力の行使（国賠法）であるが、公務員性が否定される論法を見出すことができるかもしれない。

しかし、公権力の行使（国賠法）であるが公務員（国賠法）性なしという理由で、国賠法の適用がないという論理は、身分だけを適用基準としてしまうものであって、通説（国賠法の公務員＝公権力の行使を託された者）とは相容れない。

また、広島地福山支判昭和54年春日寮事件や最判平成19年児童養護施設事件では、民間施設職員の公務員性が肯定されている。これらの事案では、

園生や児童に対して公権力の行使（国賠法）性が強いであろう。やはり、公務員（国賠法）性の判定には、公権力の行使（国賠法）性の強弱を考慮せざるを得まい。結局は、「公権力の行使に当る公務員」を統合的に観察・解釈すべきであって、その際、後半の「公務員」性を判定する上で、併せて公権力の行使（国賠法）性も斟酌されていると解される。

この点、公務員（国賠法）性の判断基準である総合考慮説<sup>37)</sup>もまた、権力性の強弱を判定基準の1つにしている。総合考慮説のように、公権力の行使（国賠法）と公務員（国賠法）を完全に分離せずに解釈すべきであろう。指定確認検査機関についても、その確認処分が公権力の行使（国賠法）であるのか（権力性が強いかどうかという観点）ということと、指定確認検査機関が公務員（国賠法）であるのか（行政庁による指揮監督がなされているかなどの観点）ということを分析的に論ずることはできるとしても、身分上の公務員であるかどうかだけで国賠法不適用を導くことはできないと解する。

## 10. おわりに

私見は、民法適用説であり、本判決は民法適用説の事例として素直に説明できる。つまり、民法によって指定確認検査機関が被害者に対して賠償責任を負ったと整理することができるのである。

他方、多数説の国賠適用説（指定確認検査機関＝公共団体説も）は本判決のみならず、東京地判平成21年5月27日や東京地判平成25年3月22日についても説明が困難である。もちろん、指定確認検査機関＝公共団体説を横浜地判平成24年1月31日は採用したが、同地判が民法適用説を採ったとしても、同じように指定確認検査機関の責任を肯定できたものと解される。

また、本評釈では、国賠適用説の可能性を探るため、指定確認検査機関の個人責任を肯定できるか最近の裁判例をいくつか検討してみたが、その余地のないことが分かった。その理由は、とりわけ国賠法適用下において個人責任を否定する判例が安定していることである。やはり、指定確認検査機関の

確認処分の事案において、地方公共団体に国賠法1条責任を負わせた上で、指定確認検査機関などの個人責任を追及するやり方は期待薄であろう。

ところで、最判平成19年児童養護施設事件は、国賠法1条の適用の下、民法715条の適用を否定しているところ、評釈には、使用者の民法709条責任に言及し、同最判ではこれについて判断はされていないと解説するものがある<sup>38)</sup>。児童養護施設の場合の評価は留保したいが、指定確認検査機関に対して周辺住民などの第三者が、使用者の責任や安全配慮義務違反の責任を追及するのが困難な中、民法709条責任ならば問うことができると考えるのは現時点では少々楽観的に映る。今後の判例の動向を見守る必要がある。

## 注

- (1) TKC 法律情報データベース文献番号 25540382。
- (2) TKC 法律情報データベース文献番号 25540383。上告審 25506313。
- (3) 参照、板垣勝彦「保障国家における私法理論——契約・不法行為・団体理論への新たな視覚——」宇賀克也編『行政法研究第4号』（信山社、2013年）113頁以下。
- (4) 判タ1304号206頁。
- (5) これに対して、債務不履行の構成は、消滅時効を除いて意義が小さいとする批判がある。西埜章『国家賠償法コンメンタル第2版』（勁草書房、2014年）115頁。
- (6) 鎌野邦樹「最新判例批評」判例評論615号185頁。
- (7) 拙稿「指定確認検査機関の賠償責任主体性」京女法学6号16頁は民法適用説をとる。阿部泰隆『行政法再入門下』（信山社、2015年）232頁も指定確認検査機関が賠償責任主体になるとするが、この説明が民法適用説か国賠適用説かは判別できない。
- (8) TKC 法律情報データベース文献番号 25511700。
- (9) 判時1904号69頁。
- (10) 判例地方自治277号31頁。
- (11) 判タ1365号150頁。
- (12) 米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学7巻3号264頁、安本典夫『都市法概説第2版』（法律文化社、2013年）142頁以下、板垣勝彦「耐震強度不足のマンションの建築確認をめぐる損害賠償請求事件」自治研究89巻6号144頁、西埜・前掲書91頁、110頁、碓井光明『都市行政法精義Ⅱ』（信山社、2014年）127頁、原田大樹『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会、2015年）309頁。



- (13) 碓井・前掲書 126 頁以下。
- (14) 判タ 1389 号 155 頁。評釈として、板垣・前掲「耐震強度不足」137 頁以下。
- (15) 第 2 審の東京高決平成 16 年 10 月 5 日は、第 1 審横浜地決平成 16 年 6 月 23 日が、「指定確認検査機関という建築確認事務の一部が帰属する新たな行政主体（公共団体）を創設したものとは到底できない」と判断したように、指定確認検査機関を公共団体であるとはしなかった。この東京高判を最決平成 17 年は維持している。
- (16) 民集 61 卷 1 号 1 頁。
- (17) 判タ 433 号 52 頁。
- (18) 判タ 444 号 124 頁。
- (19) 佐賀地判平成 26 年 4 月 25 日判時 2227 号 69 頁。
- (20) 参照、塩野宏『行政法Ⅲ第 4 版』（有斐閣、2012 年）99 頁、徳本広孝「『大学の法律関係』の研究——国立大学法人における教育活動と国家賠償法 1 条の適用可能性を中心として」宇賀克也編『行政法研究第 3 号』（信山社、2013 年）52 頁、拙稿「公共団体とは何か」久留米大学法学 48 号 74 頁。
- (21) 横田光平「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌 125 卷 12 号 2799 頁。
- (22) 阿部・前掲書 233 頁、拙稿・前掲「指定確認検査機関」16 頁。
- (23) 参照、拙稿・前掲「指定確認検査機関」5 頁。
- (24) 例えば、最判昭和 30 年 4 月 19 日民集 9 卷 5 号 534 頁、最判昭和 53 年 10 月 20 日民集 32 卷 7 号 1367 頁。
- (25) 最判平成 19 年児童養護施設事件に関して、都道府県と施設の不真正連帯責任に肯定的なものとして、阿部・前掲書 232 頁。
- (26) 例えば、金子正史「指定確認検査機関のした建築確認の法的問題——横浜地裁平成 17 年 11 月 30 日判決を契機として（下）」自治研究 82 卷 10 号 51 頁以下。
- (27) 判時 947 号 101 頁。
- (28) 民集 61 卷 1 号 1 頁。
- (29) 最判平成 19 年は社会福祉法人自体を公務員と位置付け、公務員の個人責任を否定したと構成できなくもない。これに対して、判旨の文言や従来判例の扱いとは符合しないとするものとして、中原太郎「国家賠償責任と使用者責任（2）——近時の国家賠償責任論が民法理論に示唆するもの——」法学 75 卷 1 号 36 頁。
- (30) TKC 法律情報データベース文献番号 25464339。
- (31) 最決平成 22 年 11 月 5 日 TKC 法律情報データベース文献番号 25464340。
- (32) 参照、金子宏・新堂幸司・平井宣雄編『法律学小辞典第 4 版補訂版』（有斐閣、2008 年）。判例では、最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 143 頁がある。

- (33) 判タ 1298 号 227 頁。
- (34) 参照，最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 143 頁。
- (35) 判時 1648 号 86 頁。控訴審大阪高判平成 10 年 12 月 11 日判例地方自治 202 号 30 頁は  
原判決をほぼ維持し，控訴を棄却している。評釈として，杉田雅彦「園児監禁死亡事  
故による損害賠償請求控訴事件」判例地方自治 209 号 25 頁以下。
- (36) 西埜・前掲書 119 頁，塩野宏『行政法Ⅱ第 5 版補訂版』（有斐閣，2013 年）304 頁。
- (37) 参照，拙著『民営化の責任論』（成文堂，2003 年）152 頁以下。
- (38) 参照，増森珠美「時の判例」ジュリスト 1365 号 125 頁。